

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les tribulations du testing en Belgique

Van Der Plancke, Véronique

*Published in:*  
Horizons stratégiques

*Publication date:*  
2007

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Der Plancke, V 2007, 'Les tribulations du testing en Belgique: quels enseignements ?', *Horizons stratégiques*, VOL. 5, p. 40-59.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## LES TRIBULATIONS DU TESTING EN BELGIQUE : QUELS ENSEIGNEMENTS ?

Véronique van der Plancke

La Doc. française | *Horizons stratégiques*

2007/3 - n° 5  
pages 40 à 59

ISSN 1958-3370

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3-page-40.htm>

Pour citer cet article :

van der Plancke Véronique, « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », *Horizons stratégiques*, 2007/3 n° 5, p. 40-59.

Distribution électronique Cairn.info pour La Doc. française.


© La Doc. française. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

## LES TRIBULATIONS DU TESTING EN BELGIQUE : QUELS ENSEIGNEMENTS ?

VÉRONIQUE VAN DER PLANCKE

Chercheuse au Centre interdisciplinaire droits fondamentaux et lien social de l'université de Namur (FUNDP) et avocate au barreau de Bruxelles



### Résumé

*Alors que le test de situation judiciaire était explicitement consacré dans la loi belge de lutte contre les discriminations du 25 février 2003, on assiste à sa disparition textuelle dans le nouvel arsenal législatif du 10 mai 2007. Il est vrai que tant l'admissibilité du test de situation que la nécessité de l'encadrer d'une méthodologie rigoureuse avaient soulevé des critiques de toute part. Les propriétaires et les employeurs y voyaient une technique d'infiltration et de délation tendant à leur ôter leur liberté contractuelle. Les organisations de défense de victimes de discrimination craignaient, en revanche, la caducité de l'outil tant il serait encadré de conditions rigides et coûteuses. En 2007, le législateur fit donc un pas de côté. Sans l'interdire, il préféra au « test de situation » les termes de test « de récurrence » et « de comparabilité », moins chargés symboliquement, bien que similaires en de nombreux points au procédé précédent. L'introduction, à titre exemplatif, de tests divers s'inscrit désormais dans un questionnement plus large : la clarification des éléments permettant au juge saisi de présumer l'existence d'une discrimination. Les interrogations méthodologiques soulevées par l'usage de tous ces tests ne sont à ce jour pas épuisées.*

### MOTS-CLÉS

testing judiciaire – réforme des législations belges anti-discrimination – charge de la preuve d'une discrimination directe – test de situation, test de récurrence et test de comparabilité – carence méthodologique – respect des droits fondamentaux  
« judicial » testing – new Belgian anti-discrimination laws – burden of proof of a direct discrimination – test of situation, test of recurrence and test of comparability – methodological lack – respect of human rights

« Mais le Procureur s'est élevé avec violence contre cette question : 'Quel est le criminel ici et quelles sont ses méthodes qui consistent à salir les témoins de l'accusation pour minimiser des témoignages qui n'en demeurent pas moins écrasants ?' »  
A. Camus (1942), *L'Étranger*.

Le *test de situation judiciaire* est investi de grandes espérances : il participerait à l'efficacité contentieuse de la lutte contre les discriminations. Construction orientée, ce procédé probatoire consiste à convoquer des « acteurs-témoins » sur le terrain : sont ainsi produits artificiellement des indices de culpabilité au bénéfice de la « prétendue » victime de discrimination, mettant un terme à l'asymétrie informationnelle qui la sépare du suspect. Car c'est un truisme : depuis que la discrimination est légalement interdite, rares sont les acteurs économiques – employeurs ou bailleurs, par exemple – qui avoueraient que le motif à la base d'une décision de refus – d'embaucher ou de louer – est un critère prohibé de distinction. Ce dernier sera généralement enfoui sous toute autre justification admissible ; le défi pour la victime consistera dès lors à ouvrir la boîte noire de l'âme humaine, pour démasquer le motif réel (conscient ou inconscient chez son auteur) de l'acte posé à son encontre.

La loi belge du 25 février 2003 « tendant à lutter contre la discrimination », actuellement abrogée, référait expressément au *test de situation* : elle stipulait que lorsqu'une victime invoque devant la juridiction civile ou sociale des faits, tels que des tests de situation, permettant de présumer l'existence d'une discrimination, la charge de la preuve de son absence incombe à la partie défenderesse. La loi ajoutait que les modalités de mise en œuvre du *testing*, parmi lesquelles le recours éventuel à un constat d'huissier, seraient régies par un arrêté royal<sup>1</sup>. Qua-

tre ans après l'adoption de la loi, l'arrêté royal annoncé demeurerait inexistant, tant le contenu de son projet suscitait l'insatisfaction générale. Cette carence entretenait le doute sur la possibilité ou non pour une victime de recourir au *testing* afin d'asseoir ses prétentions et pour le juge de le valider<sup>2</sup>.

En janvier dernier, un Belge d'origine marocaine s'étant vu refuser, à deux reprises, l'entrée d'une discothèque à Gand en 2003, assigna dès lors le Premier ministre belge et le ministre de l'Intégration sociale devant le tribunal de première instance de Bruxelles : il les estimait responsables du retard pris dans l'introduction effective de la méthode du *testing* en Belgique<sup>3</sup>. L'homme avait en réalité porté préalablement plainte au pénal, du chef de discrimination raciale, contre les propriétaires de la discothèque. Ses demandes d'organiser un test de situation étaient toutefois restées lettres mortes auprès du Parquet, faute, selon le plaignant, de base juridique suffisante ; le dossier avait alors été classé sans suite. Le Premier ministre belge cité répliqua d'emblée, dans la presse nationale, qu'il n'était pas opposé aux tests de situation, mais que

racisme », *M.B.*, 17 mars 2003. Cette loi avait pour vocation de transposer la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O. L* 180, 19.7.2000, p. 22) et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O. L* 305, 2.12.2000, p. 16).

2 - Voir, par exemple, Corr. Bruxelles, 31 mars 2004 (décision reproduite *in extenso* sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme – <http://www.diversite.be>). En l'espèce, le tribunal correctionnel de Bruxelles a remis en cause le procédé à l'égard duquel « il ne dispose d'aucune garantie quant à l'objectivité, à l'exactitude et au caractère complet des informations ».

3 - La citation de l'État belge en justice était fondée sur l'article 108 de la Constitution belge stipulant que le Roi (le gouvernement) prend les arrêtés nécessaires à l'exécution des lois. En cas de condamnation des autorités publiques, le plaignant demandait au tribunal saisi de fixer une astreinte de 500 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des tests de situation.

1 - Voir article 19 §§ 3 et 4 de la loi du 25 février 2003 « tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le

ceux-ci devraient être exécutés par un fonctionnaire assermenté sous décision d'un tribunal. En tout état de cause, le chef du gouvernement se montra vivement opposé à ce que des « *volontaires puissent, après quelques semaines de formation, être engagés pour effectuer ces tests pratiques* »<sup>4</sup>.

Ce pavé dans la mare judiciaire contrainait probablement les autorités publiques à accélérer un processus en marche : la réforme de la loi belge anti-discrimination, y compris sur l'aspect délicat du *test de situation*. Avant d'analyser les modifications introduites par les lois belges du 10 mai 2007, nous apprécierons succinctement les critiques qui avaient été formulées à l'encontre du *testing*. Il nous importera ensuite de resituer ce procédé parmi d'autres mesures : les « test de récurrence » et le « test de comparabilité », introduits en 2007, en constituent-ils des variations, des termes génériques qui l'englobent, ou de simples « mystifications du langage » générant moins de forces contraignantes que leur *alter ego* ? Il nous reviendra enfin de tenter de clarifier les conditions d'admissibilité de ces tests divers, et leur force probante. Nous verrons qu'aucun procédé ne se pratiquera sans le respect des droits fondamentaux de tous les acteurs en présence.

## Rise and fall du test de situation dans la première loi belge anti-discriminatoire

La technique du test de situation fut brièvement décrite dans le cadre de la recherche belge sur la discrimination à

l'embauche effectuée pour le compte du Bureau international du travail en 1998 : « Deux enquêteurs présentent des critères de sélection identiques susceptibles d'intéresser un employeur qui recrute du personnel. Ils ont le même âge, ont un « background » similaire du point de vue de leur qualification mais ils diffèrent par l'origine ethnique. Si un seul des deux est engagé, la différence peut *en principe* n'être attribuée à aucune autre caractéristique qu'à leur origine ethnique. Ce raisonnement présume que l'origine ethnique ne devrait jamais être un critère pertinent pour la sélection du personnel. Si la discrimination sur le marché du travail est présente, elle sera prouvée par un nombre suffisamment élevé de résultats des tests de situation allant dans le même sens »<sup>5</sup>.

Bien qu'il s'agissait en l'occurrence de *testing scientifique*, la définition demeure largement pertinente pour le test de situation judiciaire<sup>6</sup>. Deux éléments méthodologiques essentiels doivent en être extraits : premièrement, la mise en œuvre d'un test de situation impose toujours de vérifier la *pleine comparabilité* entre la prétendue victime de discrimination et les autres candidats (à l'emploi, au logement, etc.), au départ d'une liste aussi complète que possible des éléments susceptibles d'influencer légitimement la décision d'un recruteur, d'un propriétaire ou d'un restaurateur<sup>7</sup>. Ainsi, par exemple, la tenue vestimentaire pourra être un critère acceptable d'exclusion d'un restaurant : il importera donc que tous

4 - Belga (2007), « Le blocage politique sur le *testing* devant les tribunaux », *La Libre Belgique*, 16 janvier.

5 - Bureau international du travail (1998), p. 16. Ce rapport fut rédigé dans le cadre de l'importante étude comparative internationale portant sur les discriminations ethniques à l'embauche coordonnée par le Bureau international du travail à partir des directives méthodologiques de F. Bovenkerk (1992).

6 - Excepté le fait que, pour le *testing scientifique* uniquement, l'ensemble des candidatures peuvent être fictives.

7 - De Schutter (2003).

les témoins « de couleur » participant au test de situation destiné à détecter une discrimination raciale soient vêtus correctement. Deuxièmement, une mise en situation unique révélant une apparente inégalité de traitement ne suffira pas à établir la discrimination. L'employeur qui renonce à embaucher une seule femme de religion musulmane – qualifiée pourtant –, pourra aisément être jugé crédible s'il invoque que le rejet de la candidature doit être imputé à un manque d'affinité plutôt qu'à un penchant discriminatoire ; et ce d'autant plus si son entreprise compte déjà plusieurs employées voilées. Il en irait autrement si, à chaque vague de recrutement, les différentes candidates étaient systématiquement évincées. C'est incontestablement la répétition du traitement défavorable subi par les personnes présentant tel motif prohibé de distinction qui permettra de supputer avec force le comportement discriminatoire de l'auteur du traitement réitéré.

Ce dernier aspect n'a jamais été théorisé dans les débats belges relatifs au *testing judiciaire*. Le projet d'arrêté royal, appelé de ses vœux par la loi antidiscriminatoire du 25 février 2003, fut préparé dans le courant de l'année 2005 par le ministre de l'Égalité des chances. Le texte inabouti ambitionnait de préciser d'autres aspects méthodologiques à l'usage du *test de situation*. Il prévoyait premièrement l'obligation de désigner un responsable du test parmi un panel limité d'individus : celui-ci pouvait être un huissier, voire une personne ayant suivi une formation *ad hoc* organisée par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Il introduisit également la nécessité de rédiger en amont un protocole décrivant l'objectif du test et la procédure suivie, et en aval (à l'issue du test), un rapport ; le responsable tenant ces deux documents à la disposition de la juridiction éventuellement saisie par la suite.

## L'insatisfaction des organisations non gouvernementales

Les organisations non gouvernementales (ONG), actives dans la lutte contre les discriminations, affichèrent une réticence à la lecture de l'arrêté royal. Elles dénoncèrent le formalisme excessif et l'absence de financement programmé des *tests de situation* qui risquaient de s'avérer onéreux<sup>8</sup>. La question de savoir qui supportera le coût du procédé n'était en effet pas abordée ; elle est pourtant décisive si l'on veut éviter d'ajouter une inégalité sociale (dans l'accès efficace à la justice), à la discrimination déjà subie. Les ONG épinglèrent également le fait que les huissiers ne pourraient faire preuve d'une disponibilité adéquate dès lors qu'ils n'officiant pas 24 heures/24 : or, à l'entrée des lieux de loisir, les discriminations se produisent à des heures tardives. Le recours à des agents publics spécifiques empêcherait également la rapidité, souvent indispensable, de mise en œuvre du *testing*. Les ONG regrettaient enfin l'interdiction, stipulée dans l'arrêté royal, d'usage des tests à des fins médiatiques qui se révèlent parfois plus efficaces qu'une procédure judiciaire.

Les ONG ajoutèrent, à raison, qu'encadrer les *tests de situation* de règles de validité strictes conduirait vraisemblablement à l'écueil suivant : la dévalorisation des tests menés de façon informelle. Le juge serait enclin à écarter toute force probante à ces derniers. Elles rappelèrent donc inlassablement que l'admissibilité des *tests de situation* est déjà acquise en droit belge, tant au pénal – où la preuve est libre<sup>9</sup> – qu'au

8 - Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie – MRAX (2005), « Tests de situation : mythes et réalité », 2 juin, [http://www.mrax.be/article.php3?id\\_article=127](http://www.mrax.be/article.php3?id_article=127).

9 - Ce principe signifie que la preuve peut être administrée par toute voie de droit, et qu'il appartient au juge d'apprécier ultimement, au cas par cas, leur régularité et leur force probante.

civil – où le test peut être admis au titre de témoignage ou de présomption de l'homme ; et qu'en conséquence, une réglementation de ceux-ci par arrêté royal était peu opportune. Mieux valait, en tout état de cause, abandonner au juge le pouvoir d'appréciation des éléments qui lui étaient soumis<sup>10</sup>.

Il importe de mentionner qu'entre 2000 et 2005, le MRAX (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie), alerté par des victimes, a conduit une large opération de tests de situation visant à dénoncer les discriminations dans des lieux de loisirs ciblés<sup>11</sup> : des couples européens, non européens et mixtes, vêtus de manière similaire, adoptant tous un comportement irréprochable, se présentaient tour à tour à l'entrée d'une discothèque et observaient la réaction des portiers. La conclusion de ces tests était prévisible : les hommes (et non les femmes) d'origine étrangère se voyaient, avec récurrence, refuser l'entrée de l'établissement sous le motif invoqué « sur mesure » qu'ils devaient être accompagnés ou posséder une carte de membre de l'établissement. La fréquence de la mise à l'écart des personnes d'apparence étrangère, conjuguée à l'argument-prétexte qui leur était opposé, ne permettait aucun doute : l'enquête pointait l'existence d'une véritable politique de discrimination « raciale » dans le chef de certains tenanciers. Le MRAX dut toutefois regretter que les plaintes déposées au pénal, étayées par les tests menés, avaient pour la plupart été classées sans suite par le Parquet. Le principal argument invoqué à l'appui de ces décisions n'était, en l'espèce, pas l'irrecevabilité du *testing* en matière

pénale, mais bien la difficulté d'imputer l'infraction : il s'avérait complexe de poursuivre pénalement les personnes morales et d'identifier une personne physique responsable en raison des changements fréquemment opérés au sein de la direction des discothèques.

## L'opposition des organisations patronales et de propriétaires

Instructives également furent les critiques véhémentes émanant des organisations patronales, des associations de propriétaires et des partis libéraux (idéologiquement à droite) au gouvernement. Le *testing* fut qualifié tour à tour, et par le Premier ministre lui-même, de technique « d'espionnage », « d'infiltrage » et de « délation »<sup>12</sup>. Ce registre sémantique révèle sans détour la crainte, auprès des acteurs économiques, d'une surveillance continue de leurs faits et gestes. Pareil scénario serait en effet peu souhaitable, au regard du droit au respect de la vie privée des individus ; il n'en est pas moins irréaliste tant est absente la volonté d'échafauder un tel système d'« espions » omniprésents.

L'agitation de ce spectre a toutefois de quoi nous laisser songeur. En effet, on ne peut nier la dynamique paradoxale selon laquelle la surveillance de « délinquants potentiels » suscite souvent la suspicion plutôt que de rassurer ceux au bénéfice de laquelle elle est organisée<sup>13</sup> : en d'autres termes, celui qui surveille et a pour mission de détecter d'éventuelles violations peut avoir tendance à tout interpréter sous l'angle de la tentative ou de la commission d'une infraction.

10 - « Discriminations : ça arrive près de chez vous », *La Chronique de la Ligue des droits de l'Homme*, n° 111, septembre-octobre 2005, p. 6.

11 - MRAX (2005), « Encore et toujours », [http://www.mrax.be/article.php3?id\\_article=67](http://www.mrax.be/article.php3?id_article=67). L'opération avait été baptisée « La direction se réserve le droit d'entrée », 26 avril.

12 - Voir le journal quotidien flamand *De Standaard* du 25 mars 2005.

13 - Surveillance Studies Network (2006), *A Report on the Surveillance Society*, for the Information Commissioner, septembre, 98 p., p. 3.

Pour diminuer ce risque, la doctrine a d'emblée précisé qu'un *test de situation* ne pourra être mené que là où une victime s'est préalablement signalée, et non de façon purement proactive et hasardeuse : cette précision méthodologique est essentielle.

Les agents économiques ajoutèrent au cahier de doléances un second élément. L'exercice des tests de situation ne serait rien de moins qu'une tromperie, un piège tendu, un procédé déloyal. Il saboterait tout climat de confiance nécessaire pourtant aux bonnes relations commerciales ; leur mise en œuvre générerait des insinuations inacceptables à l'égard des entrepreneurs. L'argument n'est pas dénué d'audace dès lors que des récentes études consacrées à l'analyse des discriminations sur le marché de l'emploi démontrent malheureusement que cette méfiance n'est pas sans fondement<sup>14</sup>. Ainsi, les opposants au *testing* semblent oublier que le recours à celui-ci s'impose pour apporter la démonstration, en droit, de discriminations dont l'existence est suspectée. Plutôt que de miner la qualité des relations économiques, les *tests de situation* contribuent dès lors à mener une lutte anti-discriminatoire indispensable pour démocratiser le marché. Il est certes inconfortable, pour un propriétaire, d'être pris en « flagrant délit » de discrimination raciale après avoir loué un appartement à un candidat « autochtone » dont le souhait de conclure le bail était purement fictif ; le sentiment de « trahison » dans le chef du bailleur émergera parfois. Mais faut-il rappeler ici, par analogie, un « précédent » d'allure semblable : il est admis, depuis quelques années déjà, qu'en vue de rééquilibrer le rapport de force entre recruteur et candidat par exemple, peut être reconnu au second un droit de se taire sur son

appartenance identitaire, voire de se détourner de la vérité. Ainsi, le droit de la femme enceinte de dissimuler sa grossesse au moment de l'embauche est bien établi dans la jurisprudence, tant nationale qu'européenne<sup>15</sup>. On est contraint de reconnaître que la pratique consistant à « négocier avec la réalité » est malheureusement parfois incontournable.

Toujours dans un souci de respect des principes guidant le droit au procès équitable, le parti politique de droite « Mouvement Réformateur » (MR) renchérit la critique des tests de situation en prétendant qu'ils engendraient « une véritable présomption de culpabilité » dans le chef des employeurs et propriétaires<sup>16</sup>. C'est sans compter le fait que les *tests de situation judiciaires* ne constitueront jamais une preuve en soi d'une discrimination, mais tout au plus l'occasion d'un aménagement de la charge probatoire. Ce partage de la preuve, prévu par les directives européennes d'égalité de traitement, organise deux étapes successives. La victime d'une discrimination est d'abord tenue de présenter des éléments de preuve – *testing* ou autres – permettant de présumer l'existence d'une discrimination. Ensuite, et à la condition que le juge ait estimé le commencement de preuve suffisamment convaincant, le défendeur devra prouver l'absence de discrimination dans son chef. La Fédération des entreprises de Belgique (FEB) persista toutefois à prétendre que le dépôt d'un test de situation laissait « très peu de possibilités pour les employeurs de prouver leur bonne foi »<sup>17</sup>.

14 - Voir notamment le rapport de synthèse de janvier 2005 *Discriminations des étrangers et des personnes d'origine étrangère sur le marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale*.

15 - Voir notamment Trib. Trav. Anvers, 25 mai 1990, *Chr. D. S.*, 1995, p. 223 ; Cour Trav. Liège, 8 novembre 1991, *J.T.T.*, 1992, p. 258. Voir également, quant au secret sur l'état de santé, Trib. Trav. Bruxelles, 30 novembre 2006, <http://www.diversite.be>.

16 - « Lutter contre les discriminations », 12 avril 2005, disponible sur [http://www.mr.be/News/12-04-05\\_MR-lutte-contre-discriminations.php](http://www.mr.be/News/12-04-05_MR-lutte-contre-discriminations.php).

17 - *La Libre Belgique*, 25 mars 2005.



Ce dernier constat nous suggère plusieurs réflexions. Imaginons un propriétaire tenté de déclarer, de façon mensongère, à un candidat locataire handicapé que l'appartement mis en location est déjà loué. La formule serait utilisée pour éviter d'annoncer frontalement que le candidat n'inspirait pas confiance. Le propriétaire craindrait en effet que pareille franchise se retourne contre lui : dans une attitude de victimisation, le candidat évincé pourrait refuser de croire que le refus ostentatoire de louer n'ait aucun lien avec son handicap. Si la vacance de l'appartement est dévoilée par un test de situation (un coup de téléphone d'un ami de la personne handicapée), le propriétaire pourra-t-il convaincre le juge de sa bonne foi ? En filigrane, telle est probablement l'interrogation de la FEB. On y répondra qu'il ne fait aucun doute que la juridiction saisie devra toujours veiller à ne pas condamner un individu sur la base d'un témoignage unique.

Il est en revanche vrai que, plus le test de situation sera étayé de témoignages convergents, moins nombreux seront les arguments convaincants permettant de justifier que les mises à l'écart systématiques sont étrangères à une pratique discriminatoire. Il n'en demeure pas moins que cette pratique systémique peut être menée « inconsciemment » par un individu, arguant sincèrement de son absence de volonté de discriminer. En effet, le traitement discriminatoire est souvent cognitif et inconscient plutôt que motivationnel : il résulte d'un processus de production de connaissances, mené en amont d'une prise de décision (exemple : les étrangers seraient « statistiquement » moins ponctuels ; les femmes moins engagées dans leur travail, etc.)<sup>18</sup>. L'homme n'est pas un être parfaitement transparent à lui-

même, en éveil constant quant aux biais susceptibles d'influencer ses prises de position. Mais, bien que de bonne foi, le recruteur devra ici accepter de réviser ses « représentations discriminatoires » révélées par le test de situation, et modifier dès lors ses pratiques futures.

L'atteinte inacceptable à la liberté « d'embaucher les travailleurs de son choix » constituait ainsi l'ultime critique adressée par les chefs d'entreprise au *testing*<sup>19</sup>. Elle est infondée. Le droit de ne pas être discriminé, auquel le test de situation confère une « efficacité contentieuse », limite légitimement, et à la marge, la liberté contractuelle. En outre, le juge accompagnera rarement ses décisions de condamnation – à la suite d'un test de situation accablant – d'un acteur économique, de l'imposition d'un co-contractant déterminé. Il n'est, en revanche, pas exclu que, par crainte d'être condamné à la suite d'un *testing*, les employeurs décident d'eux-mêmes d'aménager leur liberté contractuelle, en prévoyant dans leur entreprise le recrutement proportionnel des groupes traditionnellement discriminés<sup>20</sup>...

Bien qu'il faille prendre les critiques du test de situation au sérieux, aucune d'entre elles ne nous conduit à rejeter d'emblée le procédé : elles sont tout au plus utiles pour baliser les conditions de son admissibilité et de sa force probante.

19 - Voir l'édito de l'hebdomadaire de l'Union des classes moyennes : Mené R. (2005), « Respectez nos libertés ! », *Unions & Actions*, n° 13, 1<sup>er</sup> avril, disponible sur :

[http://www.ucm.be/ucm/ewcm.nsf/\\_/C79195DDEDF2C223C1256FD600517829](http://www.ucm.be/ucm/ewcm.nsf/_/C79195DDEDF2C223C1256FD600517829).

20 - Les firmes américaines avaient ainsi mis en place, dès les années 1970, des actions positives pour éviter d'être condamnées pour discrimination indirecte.

18 - Krieger (1995).

## « Test de récurrence » et « test de comparabilité » : de quelques moyens pour renverser la charge de la preuve

Pour diverses raisons, la législation belge anti-discrimination fit l'objet d'une profonde refonte en 2007, engendrant une nouvelle trilogie législative fraîchement publiée : une loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations<sup>21</sup> (transposant essentiellement la directive 2000/78/CE, et héritière de la loi du 25 février 2003 abrogée) ; une législation spécifique consacrée à la non-discrimination sur la base de la prétendue race et de critères assimilés<sup>22</sup>, « réceptacle » unique à la directive 2000/43/CE et aux autres obligations internationales qui pèsent sur la Belgique en matière de lutte contre la discrimination raciale ; et enfin, une législation spécifique consacrée à la non-discrimination sur la base du genre (et des motifs apparentés que sont la grossesse, l'accouchement et l'état de transsexualité)<sup>23</sup>, transposant la législation communautaire adoptée sur la base de l'article 141 TCE ainsi que la directive 2004/113/CE.

Les travaux préparatoires de ces trois lois relevèrent de concert que les débats menés autour du test de situation ont détourné notre attention du véritable problème : les victimes se heurtant constamment à des obstacles probatoires, il importe désormais d'imaginer, parallèlement au *testing*, et avec flexibilité, d'autres éléments qui peuvent constituer une présomption

de discrimination. Ce souci prolonge, en quelque sorte, les questions préjudicielles adressées par la Cour du Travail de Bruxelles le 24 janvier 2007 à la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>24</sup>. En l'espèce, les faits soumis initialement à la juridiction belge remontaient à 2005 lorsqu'il fut révélé, par le biais de la presse, que le dirigeant de la société Firma Feryn refusait publiquement d'embaucher des Marocains dans le secteur de la pose de portes de garage : il craignait ouvertement que sa clientèle « ne veuille pas de monteurs étrangers ou d'origine étrangère ». En mai 2007, une concertation avait été organisée entre le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR)<sup>25</sup> et l'entreprise Feryn. Au cours de l'entretien, Feryn s'engagea à mettre en place une série de mesures de réparation : donner à l'avenir à chaque candidat, sans tenir compte de l'origine, une chance égale dans la procédure de sélection, mettre en œuvre la première étape d'un plan de diversité et, enfin, envoyer toutes les offres d'emploi au service public de placement des travailleurs en Flandre (le VDAB). À la fin de l'année 2005, le VDAB n'avait enregistré aucune offre d'emploi bien que, depuis avril 2005, des postes soient restés vacants au sein de l'entreprise litigieuse<sup>26</sup>. Un contentieux judiciaire, introduit par le CECLR, s'en suivit en vue de mettre un terme aux vraisemblables discriminations directes subséquentes aux déclarations du dirigeant de Firma Feryn. Avant de trancher le litige, la Cour du Travail souleva toutefois la question de savoir ce qu'il faut notamment entendre par les « faits qui permettent de présumer

21 - Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, ci-après « loi anti-discrimination ».

22 - Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007, ci-après « loi anti-racisme ».

23 - Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, ci-après « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

24 - Cour Trav. Bruxelles (réf. 1<sup>re</sup> ch.), 24 janvier 2007, inédit.

25 - Organisme public de lutte contre les discriminations en Belgique, correspondant à la HALDE en France. Pour plus d'informations sur le CECLR, voir van der Plancke V. (2005), p. 38-43.

26 - Voir l'historique du dossier Feryn sur le site du CECLR : [http://www.diversiteit.be/CNTR/FR/about\\_the\\_center/press/cntr\\_press\\_07-01-24Fr.htm](http://www.diversiteit.be/CNTR/FR/about_the_center/press/cntr_press_07-01-24Fr.htm).

l'existence d'une discrimination directe », visés à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43/CE. Le juge belge interrogea concrètement la CJCE sur la sévérité dont une juridiction nationale doit faire preuve dans l'appréciation des faits qui peuvent faire naître une telle présomption (la liste suivante présente certaines des questions préjudicielles adressées à la CJCE) :

■ dans quelle mesure des faits antérieurs de discrimination (déclaration publique de critères de sélection directement discriminatoires en avril 2005) constituent-ils des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe » ?

■ en d'autres termes, suffit-il – compte tenu des faits du litige au principal – pour faire naître la présomption (qu'un employeur applique et continue d'appliquer une politique d'embauche discriminatoire), qu'en avril 2005, en réponse à la question de savoir si, en tant qu'employeur, il ne traite pas de la même manière les allochtones et les autochtones, ce dernier répond publiquement : « Je dois répondre aux exigences de mes clients. Si vous me dites 'je veux tel produit ou je veux ceci ou cela', et que je vous dis 'je ne le fais pas, je fais venir ces gens', vous me répondrez 'je ne veux pas de votre porte'. (...) Ce n'est pas moi qui ai créé ce problème en Belgique. Je veux faire tourner ma société et qu'à la fin de l'année, le chiffre d'affaires soit atteint ! ».

■ un seul fait suffit-il pour faire naître une présomption de discrimination ?

■ compte tenu des faits du litige principal, une présomption de discrimination commise par l'employeur peut-elle être déduite de la seule embauche de monteurs autochtones par une société liée à cet employeur ?

De la même manière, le juge belge questionna la CJCE sur l'exigence que doit exercer une juridiction nationale dans l'appréciation de la preuve contraire devant être produite par le suspect. Ainsi, une présomption de discrimination peut-elle être renversée par la seule et simple déclaration de l'employeur faite à la presse selon laquelle il ne commet pas ou plus de discrimination et que les monteurs allochtones sont les bienvenus ; et/ou par la simple déclaration de l'employeur que chez lui, à l'exception de la société sœur, tous les postes vacants de monteurs ont été pourvus ; et/ou par la déclaration selon laquelle une femme de ménage tunisienne a été engagée ? La présomption peut-elle en outre être renversée par l'embauche effective de monteurs allochtones, compte tenu des faits du litige principal ?<sup>27</sup>

Nous avons précédemment relevé la préoccupation des employeurs estimant que le test de situation ne leur laissait qu'une marge trop faible pour justifier les faits – en apparence discriminatoires – révélés par le test. L'enjeu – classique – est de taille : plus large est le spectre de justifications admissibles, moins forte est la protection du droit de ne pas être discriminé. Les garanties matérielles (interdiction de la discrimination directe) et les mécanismes procéduraux destinés à en assurer la protection sont indissociables<sup>28</sup>.

Au 1<sup>er</sup> juin 2007, la Cour de Justice des Communautés européennes n'avait bien entendu pas encore répondu aux questions préjudicielles posées ; ses enseignements demeurent très attendus. Dans l'intervalle toutefois, les trois

27 - Affaire C-54/07 - Demande de décision préjudicielle présentée par l'Arbeidshof (Cour du Travail) de Bruxelles (Belgique) le 6 février 2007 — Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/NV Firma Feryn, J.O. C 82 du 14.4.2007, p. 21-23.  
28 - De Schutter (2003).

législations belges du 10 mai 2007 ont déjà précisé que, parmi les faits permettant de présumer l'existence d'une « discrimination directe », sont compris, *entre autres*, mais pas exclusivement :

1) les éléments qui dévoilent *une certaine récurrence de traitement défavorable* à l'égard de personnes partageant un critère protégé ; entre autres, *différents signalements isolés* auprès, soit de l'un des groupements d'intérêts (organisation non gouvernementale, syndicats, etc.), soit du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme ou de l'Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes (selon que le critère prohibé de distinction est le sexe ou tout autre critère) ;

2) les éléments qui révèlent que la *situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence*<sup>29</sup>.

Le législateur déclare s'être directement inspiré de la jurisprudence européenne en matière de discriminations salariales entre les femmes et les hommes pour formuler cette nouvelle disposition<sup>30</sup>, introduisant ce qui fut rapidement qualifié de « test de récurrence » et de « test de comparabilité ». Ces derniers sont logiquement repris, pour les trois législations belges, dans leur titre respectif dédié à la « charge de la preuve »<sup>31</sup>, titres s'appliquant à toutes les procédures juridictionnelles – civiles et sociales – à l'exception des procédures pénales<sup>32</sup>. Cette structure uniforme des nouvelles législations ne signifie en aucun cas que ces différents tests seraient

irrecevables devant les juridictions pénales, mais bien uniquement, qu'en raison de la présomption d'innocence attachée au suspect, la force probatoire de ces méthodes y sera appréciée avec circonspection<sup>33</sup>.

Il est également deux autres conséquences du fait que les tests de récurrence et de comparabilité s'inscrivent entièrement dans le cadre du règlement de la charge de la preuve. Premièrement, ces tests ne pourront être utilisés qu'à l'occasion d'un cas concret (présumé) de discrimination – *ex post* donc – et non comme un procédé visant à rechercher proactivement des faits discriminatoires tout azimut : ce dernier serait dépourvu de toute légitimité devant les tribunaux. Deuxièmement, les présomptions de discrimination créées à l'issue de ces tests ne seront jamais irréfragables : le juge conserve toujours une latitude décisionnelle.

Une chose est certaine : l'arsenal législatif belge actuel ni cite plus, mais n'exclut en aucun cas le recours au test de situation. En effet, les éléments énoncés dans les lois respectives le sont à titre éminent exemplatif<sup>34</sup>. On s'interrogera toutefois utilement sur la question suivante : les tests de comparabilité et de récurrence se superposent-ils au test

33 - Sur l'admissibilité de « présomptions de culpabilité » en matière pénale, voir néanmoins les arrêts suivants : Cour eur. D. H., *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988 ; *Pham Hoang c. France* du 25 septembre 1992 ; *Phillips c. United Kingdom* du 5 juillet 2001.

34 - Les travaux préparatoires des lois belges énumèrent d'ailleurs d'autres éléments pouvant constituer une présomption de discrimination, tels le manque de transparence du processus décisionnel d'un employeur (*Danfoss* (C - 109/88, 17 octobre 1989)) ou les « *smoking gun statements* » (questions non pertinentes lors d'un entretien de sélection, remarques vexatoires précédant un licenciement, etc.). Au-delà de la jurisprudence européenne, la législateur se déclare ouvert à toute jurisprudence internationale ou nationale étrangère. L'« *inference of direct discrimination* », telle que développée par la Cour Suprême américaine, pourrait donc inspirer utilement le juge belge. Voir US Supreme Court, *McDonnell Douglas Corp. V. Green*, 411 U.S. 792 (1973), et la jurisprudence subséquente.

29 - Art. 30 § 2 de la « loi anti-racisme » ; art. 28 § 2 de la « loi anti-discrimination » ; art. 33 § 2 la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

30 - *Brunnhöfer* (C-381/99, 26 juin 2001) ; *Danfoss* (C - 109/88, 17 octobre 1989) ; *Royal Copenhagen* (C - 400/93) ; *Enderby* (C-127/92, 1993).

31 - Voir les Titres V respectifs de la loi « anti-racisme », de la loi « anti-discrimination » et de la loi « pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

32 - Voir les art. 29 de la « loi anti-racisme » ; art. 27 de la « loi anti-racisme » ; art. 32 de la « loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes ».

de situation, ou, tout en se distinguant étroitement de lui, fournissent-ils des indices méthodologiques quant à la manière dont il devrait être conduit ?

## Le test de comparabilité (ou la méthode « par élimination »)

Le législateur belge a jugé utile de stipuler expressément la possibilité pour la victime de « renverser » la charge de la preuve par le biais d'un test de comparabilité. La méthode consiste à apporter des éléments suffisamment convaincants afin d'établir la *comparabilité* des situations entre la prétendue victime de discrimination et une « personne de référence » (celle-ci ne partageant pas le critère protégé) : en prouvant en détail la comparabilité de ces deux personnes, on élimine tous les facteurs qui auraient légitimement permis de justifier une différence de traitement entre elles. En supprimant ces facteurs, il ne reste plus qu'une seule variable explicative de l'inégalité de traitement, soit une différence fondée sur un critère protégé (genre, race, etc.).

La démonstration – observée d'ailleurs strictement dans la mise en place d'un test de situation – n'a pas de quoi surprendre. Plus encore, elle semble superfétatoire dès lors qu'il ne peut jamais y avoir de questionnement sur l'existence d'une discrimination sans procéder préalablement à une opération de comparaison. En effet, le principe de non-discrimination stipule que seules les personnes placées dans une situation comparable doivent être traitées de la même façon. L'égalité – et son corollaire le principe de non-discrimination – sont donc comparatifs par nature, contingents, dérivant leur source et leurs limites du traitement réservé aux autres ; si les libertés sont généralement *individuelles*,

l'égalité est *sociale*<sup>35</sup>. L'égalité n'émergeant que par l'apparition de « l'autre », comparaison et non-discrimination sont assurément deux notions consubstantielles : « il ne peut y avoir d'égalité sans comparaison alors que comparer c'est déjà rassembler ce qui se ressemble et séparer ce qui se distingue »<sup>36</sup>.

La question complexe à se poser est dès lors la suivante : que signifie, au regard du principe de non-discrimination, la comparabilité de deux personnes ? Les situations occupées par deux individus s'avéreront toujours comparables/similaires au regard de tel critère élu, et différentes à bien d'autres égards. La (dis)similarité des personnes et des situations n'existe pas en soi, mais bien uniquement en fonction de l'objet ou du but de la règle qui doit leur être appliquée également. La comparabilité ne peut être établie qu'à la suite d'une opération de catégorisation, créant des « classes d'équivalence »<sup>37</sup> ; elle suppose l'articulation de « standards de traitement » – une règle précisant le traitement à accorder aux personnes dans telle situation (exemple : « les emplois vacants doivent être octroyés aux plus compétents ») – en référence à laquelle deux individus sont similaires (parce qu'ils satisfont tous deux pleinement au « standard »). En d'autres termes, l'égalité requiert la comparabilité préalable de *deux personnes en référence à un critère externe* (un « standard de traitement ») qui spécifie le point relevant suivant lequel ils sont similaires ou différents ; en application du principe de non-discrimination, ils devront recevoir un traitement identique<sup>38</sup>.

N. Bobbio précise, à son tour, que rechercher l'égalité de traitement entre

35 - Westen (1982), p. 563.

36 - Hernu (2003), p. 423.

37 - Hernu (2003), p. 315.

38 - Westen (1982), p. 552.

les personnes nécessite la combinaison analytique de facteurs d'importance égale : « a) les sujets entre lesquels il s'agit de répartir les biens ou les charges ; b) les biens ou les charges à répartir ; c) le *critère d'appréciation* des situations. (...) On obtient une *multitude de types de répartition* qui tous peuvent se dire égalitaires bien qu'ils diffèrent notablement les uns des autres »<sup>39</sup>. Ainsi, choisir les mérites ou les compétences pour distribuer les emplois, mais les besoins pour garantir les soins de santé, revient simplement à affirmer que le « critère substantiel » qui définit dans quelle mesure les personnes sont comparables sera l'équivalence des mérites dans un cas et celle des besoins dans l'autre. Dans le marché du travail, seuls ceux qui peuvent arguer de mérites équivalents seront jugés comparables et auront le droit d'être traités de façon égale au moment d'une embauche, de l'octroi d'une promotion ou d'un licenciement : une femme ne pourra prétendre être victime de discrimination sexuelle si l'homme embauché était nettement plus qualifié qu'elle. Dans le marché locatif, tous les candidats locataires jouissant de revenus suffisants pour payer le loyer mensuel pourront faire valoir la comparabilité de leurs situations.

Ces constats appellent quelques considérations. Malgré la comparabilité de leur situation, certaines personnes ne recevront *in fine* pas toujours de traitement égal, sans pourtant être victimes de discrimination. Ainsi, dès lors que le nombre de candidats appartenant à une même catégorie

(les « individus compétents pour tel ou tel poste ») est généralement plus élevé que les places disponibles, il faudra composer avec le fait suivant : bien qu'une considération égale doit être accordée à chaque candidature présentant les qualifications suffisantes, tous les membres compétents ne seront pas récompensés de la même façon. Inévitablement, certains seront recrutés, d'autres pas. Il en va de même pour l'allocation des logements ou tout autre bien frappé de *rareté*. Plus encore, l'employeur n'est jamais contraint de conclure un contrat avec le candidat le plus qualifié, ni le bailleur avec l'individu le plus aisé : la *liberté contractuelle* leur permet de s'écarter de la règle traditionnelle de répartition des emplois ou des logements, tant qu'ils ne s'adossent pas sur des critères jugés discriminatoires. En revanche, rien ne justifierait qu'un homme et une femme qui accomplissent un travail égal reçoivent des salaires différents puisqu'ils sont dans une situation comparable au regard de l'identité de leur tâche et des critères de rétribution financière. En effet, dans ce cas, ni le critère de rareté ni la liberté contractuelle ne sont en jeu.

On constatera d'ailleurs que les travaux parlementaires relatifs au « test de comparabilité » mentionnent, pour illustrer cette méthode, des arrêts de la CJCE concernant exclusivement l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, tel l'arrêt *Brunnhöfer*<sup>40</sup>. Dans ce dernier, la CJCE a classiquement jugé qu'il existe une présomption de discrimination lorsqu'un travailleur prouve (i) qu'il/elle reçoit une rémunération inférieure à celle de la personne de référence (de l'autre sexe) et (ii) qu'il/elle effectue en réalité un travail égal ou équivalent à celui de la personne de référence. Dans ce cas, il incombera à l'employeur de prouver

39 - Voir Bobbio N. (1992), « Égalité et différence, le clivage décisif », *Esprit*, p. 24. Dans un sens similaire, M. Walzer rapporte que la question de la justice consiste à savoir « sous quels rapports sommes-nous les égaux les uns des autres ? » (p. 14), à savoir de quelle manière nous entrons en relation les uns avec les autres par l'intermédiaire des biens sociaux. Il identifie ensuite trois principes de répartition des biens sociaux : le libre échange, le mérite et le besoin. Voir Walzer M. (1997), *Sphères de justice, une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Le Seuil, p. 46-54.

40 - *Brunnhöfer* (C-381/99, 26 juin 2001).



qu'aucune violation à l'interdiction de discrimination n'a été commise. L'auteur présumé ne devra pas nécessairement établir un fait négatif (l'absence de rémunération inférieure en raison du sexe) pour démontrer l'absence de discrimination. Il pourra tenter d'alléguer que la personne de référence ne se trouve en réalité pas dans une situation identique ou équivalente (quant au niveau d'études requis, etc.) à la prétendue victime de discrimination. Dans les rares cas autorisés, l'auteur présumé pourra également avancer que la différence de traitement sur base d'un critère prohibé de distinction reçoit une justification objective et raisonnable<sup>41</sup>.

Prônant fermement la flexibilité de la preuve, le législateur belge s'est abstenu de fournir des orientations plus précises sur certains aspects du test de comparabilité. Ainsi, la personne de référence peut-elle être construite *in abstracto*, ou doit-elle exister *in concreto* ? Admettre le « test de comparabilité » entre une victime et une personne de référence « abstraite » (celle qui satisferait pleinement au « standard de traitement ») serait utile en ce que cela élargirait la perspective probatoire. Par ailleurs, lorsqu'elle est « concrète », il faut s'assurer que la *personne de référence* choisie est représentative : dans cette hypothèse, il est dès lors évident que la présomption de discrimination sera renforcée lorsque la victime peut désigner plusieurs personnes de référence se trouvant dans la même situation et ayant été mieux traitées. Le sort systématiquement favorable réservé en exclusivité aux personnes non dotées du critère « stigmatisant » permet d'imputer le constat, non pas au hasard ou à la (mal)chance, mais bien à une « politique » discriminatoire. Tant la comparabilité indispensable des

situations que le caractère répétitif de l'épreuve marquent la similarité avec le test de situation.

## Le test de récurrence

Dans le cadre du *test de récurrence*, la présomption de discrimination est suscitée à la lumière de données « stockées » dont ressort un « canevas de traitement *quasi systématiquement* défavorable » à l'encontre de personnes partageant la même caractéristique sensible que la personne prétendument discriminée<sup>42</sup>. En démontrant qu'il existe chez un certain individu (employeur, etc.) ou une instance (entreprise, etc.) une telle récurrence caractérisée, on fait naître la présomption que le traitement défavorable d'un travailleur homosexuel, par exemple, est vraisemblablement fondé sur son orientation sexuelle. En d'autres termes, le « canevas de traitement défavorable » fournit du matériel informationnel qui rend admissible le lien de causalité entre le traitement inégal et le critère protégé.

Pour constater une récurrence de traitement défavorable, il peut être tenu compte des faits ou données antérieurs, simultanés ou postérieurs à la commission de la discrimination présumée. Concrètement, une telle récurrence pourra entre autres être constatée par des témoignages de personnes partageant le même critère protégé que celui de la victime et qui déclarent avoir été soumises à un traitement défavorable comparable ; des témoignages d'individus ayant pu constater le traitement défavorable d'autres personnes partageant le même critère protégé que celui de la victime ; ou encore, des données générales ou spécifiques (telles des

41 - Il en est ainsi lorsque le critère prohibé de distinction est constitutif d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

42 - Rapport de la Commission de la Justice de la Chambre, 2006-2007, p. 75 et suivantes.

statistiques) révélant un traitement défavorable de personnes partageant un critère déterminé<sup>43</sup>. On citera aisément comme exemple une victime présumée de discrimination raciale à l'entrée d'une boîte de nuit non saturée qui allègue, à travers divers témoignages collectés, que les personnes de couleur sont quasi systématiquement refusées à l'entrée.

Bien que le test de récurrence couvre des cas de figure plus nombreux que le test de situation, l'affiliation entre ces deux procédés est nette. Pour l'un comme pour l'autre, il n'est *a priori* pas requis que les témoins soient spontanément sur le terrain : ils peuvent être convoqués artificiellement par la personne qui se pense victime de discrimination et qui souhaite, à cette fin, vérifier si la mise à l'écart des personnes caractérisées par le même critère qu'elle est systématique ou, au contraire, sporadique et inexplicable. En d'autres termes, les « acteurs-témoins » sollicités peuvent fictivement – à l'instar de ce qui est prévu dans le cadre du test de situation – souhaiter entrer dans la discothèque ou postuler à un emploi. Le test de récurrence et le *testing* se distinguent toutefois *a priori* par l'angle de vue adopté. Le *testing* est construit de telle façon qu'il permet théoriquement d'égaliser tous les paramètres qui influencent une procédure de sollicitation (d'un logement, d'un emploi, etc.). La discrimination est dès lors mesurée comme une différence résiduelle (qui ne peut être justifiée par les variables rationnelles recensées) : elle seule permet d'expliquer le traitement plus favorable réservé au « partenaire expérimental » à l'issue de l'« audit par couples ». Le test de récurrence se focalise, pour sa part, non pas sur le

sort plus favorable des uns au détriment des autres, mais bien sur le traitement systématiquement défavorable de personnes appartenant à tel groupe cible : ce sont exclusivement ces dernières qui constitueront le *pool* de témoins. Demeure à savoir si cette apparente différence de logique sera significative. En effet, pour emporter la conviction, le test de récurrence ne pourra faire l'économie de la vérification suivante : les témoins sollicités satisfaisaient-ils raisonnablement aux conditions légitimes d'accès à tel emploi, tel logement ou tel lieu de loisir ? En d'autres termes, étaient-ils comparables et substituables à ceux qui ont effectivement accédé aux « biens publics » convoités ?

Quelques questionnements méthodologiques demeurent : il appartiendra au juge de les éclaircir en déterminant, dans chaque cas, les éléments conditionnant la validité du test de récurrence. Ainsi, la loi belge évoque une « certaine récurrence » et « différents signalements » (isolés mais convergents) de traitements défavorables à l'égard de tel groupe ciblé, nécessaires pour constituer une présomption de discrimination d'un de ses membres. Elle ne précise toutefois pas l'intensité exigée de la répétition, le nombre significatif de signalements devant être enregistrés ou leur séquence : l'écart temporel entre plusieurs signalements différés sera-t-il calibré sur les règles de prescription ? Dans l'affirmative, n'y a-t-il pas un risque que l'auteur présumé de discrimination oublie les circonstances entourant le fait ayant conduit au premier d'entre eux ? Par ailleurs, si le CECLR ou le MRAX se voient dépositaires d'un signalement concernant telle entreprise, doivent-ils informer cette dernière du « stockage » de données à son encontre ? Il faudra enfin veiller à ce que l'auteur d'un signalement soit averti de ceux qui (auront) été déposés antérieurement ou postérieurement, afin de lui laisser le loisir d'un éventuel dépôt de plainte ; cela nécessitera un système

43 - L'enseignement de la CJCE, dans son arrêt Enderby (1993) est ici utile à rappeler : « Le juge appliquant le principe de l'égalité de traitement évaluera si les statistiques présentées à lui sont valides, c'est-à-dire si elles se réfèrent à un nombre suffisant d'individus, elles ne reflètent pas des phénomènes purement fortuits, supposés ou hypothétiques, et qu'elles semblent être d'une importance significative ».



de centralisation des informations qui pourront avoir été enregistrées au sein d'organes distincts.

L'intersection des tests de comparabilité et de récurrence, respectivement, avec le test de situation est certaine. Le premier met l'accent, par le biais du caractère répétitif, sur le traitement plus favorable du « groupe majoritaire », le second sur le traitement défavorable du groupe minoritaire, tandis que le test de situation les synthétise par la présentation – idéalement réitérée – de « couples mixtes ». En apparence plus souples, les tests de comparabilité et de récurrence, seraient également moins intrusifs dès lors que la dimension « fictive » semble moins présente<sup>44</sup>.

## Conditions de recevabilité et force probante du test de situation

Le test de situation avait explicitement été introduit dans la loi de 2003 pour garantir aux praticiens qu'il serait accepté comme preuve dans les prétoires. À la suite du concert de critiques, le législateur jugea en 2007 que cette inscription n'était en réalité pas indispensable : il ne faisait pas de doute que le *testing* était un mode de preuve autorisé parmi d'autres, moyennant le respect de certaines conditions qui devront être examinées minutieusement par le juge saisi du dossier. Il fut admis que détailler, en amont par voie légale, les modalités relatives au *testing* aurait eu un effet contre-productif. C'est désormais au

juge seul qu'il appartiendra d'écarter le *testing* qui entacherait de manière irrémédiable le caractère équitable du procès.

## Conditions de recevabilité : tel est pris qui croyait prendre...

La recevabilité du *testing* sera conditionnée à la compatibilité de sa mise en œuvre avec les libertés et droits fondamentaux des personnes ou entreprises testées : seront principalement en jeu leurs droits à la vie privée et au procès équitable. En vertu de l'horizontalité croissante des droits fondamentaux, ceux-ci devront être respectés par les particuliers qui, se substituant aux forces policières et autres agents publics, s'investissent activement dans la recherche de preuves<sup>45</sup>.

La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé à plusieurs reprises que le fait d'introduire auprès d'un individu une personne ayant une identité fictive, dans le seul but de surprendre l'illégalité, ne constitue pas en soi une ingérence dans la « vie privée »<sup>46</sup> ; à condition, bien entendu, que le *testing* ne soit pas mené dans un lieu purement privatif, tel le domicile de l'auteur présumé. La Cour a par ailleurs précisé que la surveillance des actions d'un individu dans un espace public n'interférera pas dans ce droit lorsque les données ne

44 - Ces premières appréciations sont néanmoins émises avec la réserve requise. À ce stade, en effet, la portée des tests de comparabilité et de récurrence n'est pas pleinement éclaircie.

45 - Van der Plancke V. et Van Leuven N. (2007), « La privatisation du respect de la Convention : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *Cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme en Belgique* (dir. A. Schaus), Bruxelles, Bruylant, 65 p., à paraître.

46 - Voir notamment Cour eur. D.H., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, §§ 36 et 40 ; Commiss. eur. D.H., req. n° 28994/95, *S.E. c. Suisse*, décision d'irrecevabilité du 4 mars 1998. Ces arrêts concernent la légalité du recours à des agents infiltrés dans certains milieux criminels.

sont pas enregistrées et conservées<sup>47</sup> ; dans le cas contraire, il faudra vérifier si l'ingérence est prévue par la loi, conforme à la poursuite d'un objectif légitime et proportionnée à celui-ci.

Encore faudra-t-il veiller à ce que le *testing* ne puisse encourir le reproche de constituer une « provocation », l'interdiction de cette dernière étant une traduction particulière de l'exigence générale de loyauté dans l'établissement de la preuve. Le principe de loyauté s'oppose à toute idée de dissimulation et de tromperie. On distingue dès lors traditionnellement la « provocation à la preuve » et la « provocation à l'infraction »<sup>48</sup>. La première est autorisée en ce qu'elle permet simplement la constatation d'une intention délictueuse préexistante ; l'agent infiltré est passif, il se limite généralement à observer. La seconde est proscrite en ce que, sans l'intervention de l'infiltré, l'acteur discriminant ne serait pas passé à l'acte<sup>49</sup>.

En ce que le *testing* ne pourra être mis en œuvre qu'à l'égard d'agents économiques sur lesquels pèsent déjà des signalements de discrimination, il constitue *a priori* une provocation à la révélation de la violation de la norme anti-discriminatoire, et non à sa commission. On peut d'ailleurs difficilement soutenir que le seul envoi du CV d'un testeur d'origine étrangère devant un recruteur, par exemple, constitue une tentation telle qu'en proie à un réflexe viscéral difficilement contrôlable, ce dernier est poussé à (re)commettre la faute...<sup>50</sup> Le fait de créer une situation artificielle et expérimentale comporte toutefois

certains inconvénients. Il n'est pas impossible que les candidats fictifs soient si stimulés à détecter la discrimination (d'autant qu'ils seraient censés recevoir au préalable une formation destinée à les rendre attentifs à toute forme de traitement discriminatoire) que, dès qu'il y a interaction humaine, ils faussent inconsciemment les résultats<sup>51</sup> ; la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà eu l'occasion de préciser que certaines paroles échangées pouvaient être « provoquées » par la relation nouée entre l'infiltré et le suspect<sup>52</sup>. Les juridictions nationales ont par ailleurs parfois mis en cause le manque d'objectivité des témoins ayant participé au *testing*, témoins et victimes se consultant préalablement<sup>53</sup>. Il importera donc d'être attentif à cet aspect lorsque le *testing* se produit au stade de l'entretien d'embauche ou dans une négociation téléphonique avec un bailleur.

## Force probante

La force probante du *testing* sera fonction de la méthodologie suivie (respect strict de la comparabilité des situations, qualité du testeur, durée du test, etc.) et des résultats encourus.

En tout état de cause, il peut sembler opportun de fixer les objectifs et la procédure du test *par écrit*, de s'y plier rigoureusement et de transmettre, le cas échéant, ces documents au juge saisi. Confier exclusivement la conduite des tests à un huissier ou à une personne spécialement formée à cet effet serait

47 - Cour eur. D.H., arrêt *Peck c. Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, §§ 57 et suivants. ; Cour eur. D.H., arrêt *Perry c. Royaume-Uni* du 17 juillet 2003, §§ 36 et suivants.

48 - Collet-Askri (2003), p. 1311.

49 - Cour eur. D.H., déc. *G. Calabro c. Italie et Allemagne* du 21 mars 2002, req. n° 59895/00 ; Cour eur. D.H., arrêt *Tereira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, *Rec.* 1998-IV, p. 1463, spéc. §§ 42-43 et §§ 31-39 ; Cour eur. D.H., décision *Sequeira c. Portugal* du 6 mai 2003, req. n° 73557/01.

50 - MRAX (2005), 2 juin, *op. cit.*

51 - Riach et Rich (2002). Il se pourrait aussi, qu'au moment de l'entretien, les candidats témoins ne se montrent pas suffisamment motivés et crédibles auprès de l'employeur, étant donné qu'ils ne visent pas réellement la fonction pour laquelle ils postulent.

52 - Cour eur. D.H., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992.

53 - Collet-Askri (2003).

excessif<sup>54</sup>. Il faut toutefois bien admettre qu'exercé par ces derniers, le *testing* aura une valeur probante accrue<sup>55</sup>. Il faudrait dès lors veiller à ce que les testeurs « publics » ou formés par une autorité publique exercent gratuitement leur office en respectant un protocole adapté à chaque secteur (logement, emploi, etc.).

Par ailleurs, plus le *test de situation judiciaire* sera basé sur un « échantillon représentatif », plus la présomption de discrimination sera solide. L'importance de l'aspect répétitif d'une différence de traitement a, dans le même sens, été nettement mise en exergue dans le test de « récurrence » et de « comparabilité ». Cela ne signifie pas qu'un « *testing* improvisé », clichant instantanément une situation unique, soit dépourvu d'intérêt : il devra toutefois être étayé par d'autres éléments pour que la charge de la preuve soit renversée. Cette « manière de voir » a été épousée explicitement par le tribunal civil de Bruxelles dans sa décision du 3 juin 2005<sup>56</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un bailleur qui refusait de louer à un couple d'origine marocaine (la femme portait le voile). Ces candidats avaient pourtant déjà rencontré une kyrielle d'exigences disproportionnées (comme fournir une preuve de revenus lesquels devaient être au minimum trois fois supérieurs au loyer). Piégé par une amie – belge et blanche – du couple se faisant passer pour une locataire potentielle, le bailleur avoua sans vergogne sa préférence pour des

Belges « de souche ». La conjugaison de l'ensemble de ces éléments (*testing*, aveu apparent) conduisit le juge à faire peser, sur le bailleur, la preuve qu'il n'avait pas discriminé.

Il est fort probable qu'à l'instar de l'Ombudsman suédois, le Centre pour l'égalité des chances dresse prochainement des lignes de conduite souples et non contraignantes à destination des testeurs. En Hongrie, le NEKI (Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities) a également indiqué une procédure souhaitable. Premièrement, une *personne tierce* au plaignant coordonnera l'ensemble du procédé : il inventera le scénario du *testing* et sélectionnera les testeurs adéquats après avoir écouté le plaignant. Les testeurs « minoritaire » et « majoritaire » devront répondre à un questionnaire juste après avoir effectué le *testing*, au sujet des informations communiquées par le recruteur (par exemple) et le comportement de ce dernier à l'égard des testeurs (leur a-t-il serré la main ? les testeurs ont-ils dû patienter avant d'être auditionnés ? etc.). Le document sera ensuite comparé avec celui qui avait auparavant été rempli par le plaignant. Pareilles initiatives sont certes appréciables : elles pourraient constituer une source d'inspiration utile.

## Conclusion

En conclusion, les lois du 10 mai 2007 ont mis un terme à l'insécurité juridique qui nimbait le sort du test de situation. La volonté actuelle du législateur est limpide : les faits générateurs de l'acte de répartition du fardeau probatoire – dont le *testing* est une des traductions – sont

54 - Voir *supra*.

55 - L'huissier de justice sera en outre garant des droits fondamentaux : il a en effet l'obligation de refuser de contribuer à une atteinte au droit au respect de la vie privée, telle une violation du domicile. Voir Storme M. (1994-1995), « De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiele feiten door een gerechtswaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger. W.) en aanverwante vragen », *R.W.*, p. 345.

56 - Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, *Tijdschrift voor Vree-mdelingen*, 2006, p. 42, note J. Kusters.

assurément pluriels, leur administration flexible (pour faire face à la grande variété et l'hétérogénéité des situations), et la place du juge centrale. Un encadrement légal strict de ceux-ci, au travers d'une liste limitative et d'une définition trop précise, risquerait d'ailleurs de placer la Belgique en contravention avec les directives communautaires dès lors que la législation nationale ferait obstacle à ce que les victimes soient suffisamment outillées.

S'il est incontestable que le test de situation demeurera un instrument utile pour détecter certaines formes de discrimination, telles celles commises à l'entrée de discothèques ou au stade de la sélection de CV, la plupart des discriminations se produisent en revanche dans un contexte si complexe que ce procédé n'aurait plus aucune utilité. Il est donc nécessaire d'imaginer sans relâche des outils alternatifs et complémentaires.

La multiplication et la diversification des faits constitutifs d'une présomption permettront en outre de se prémunir contre les stratégies adaptatives d'évitement des agents discriminant. Ainsi, pour contourner le « piège » du *testing* mené au stade de la sélection des CV, le recruteur pourrait être tenté d'augmenter l'accès des personnes traditionnellement discriminées aux entretiens d'embauche<sup>57</sup>. À ce stade, le *testing* sera plus délicat à mener valablement et l'expression des préjugés

moins détectables : car, sans aucun doute, le postulat méthodologique de la fongibilité des postulants s'effondre au moment d'un interview où nul n'échappe à sa propre singularité. Mais la technique du « *smoking gun statements* » prendra ici le relais dans les méthodes de preuve.

Il ne faut, en revanche, pas négliger le fait que l'entretien peut parfois offrir une chance d'individualisation et de négociation des compétences<sup>58</sup>. On louera alors l'aspect incitatif du *testing* : par la rencontre inédite du candidat que le spectre du *testing* aura stimulée, le recruteur embauchera parfois une personne qu'il aurait naturellement évincée si le processus d'embauche s'était limité à un tri de CV.

La question de l'adaptation du test de situation à certains défis se pose encore. Pourrions-nous imaginer l'affubler d'une méthodologique infaillible pour détecter les discriminations « multi-critères » ? Par ailleurs, soumis à une exigence renforcée de motiver chacune de leur décision, les agents économiques sont-ils correctement équipés pour en conserver les traces ?

Enfin, le souci du respect des droits fondamentaux des personnes testées devra toujours animer les testeurs. « Une société qui ruse avec ses principes est une société menacée », se plaisait en effet à rappeler Aimé Césaire.

57 - De Schutter (2001), p. 87-88.

58 - Eymard-Duvernay et Marchal (1997).

## Bibliographie

Affaire C-54/07 - Demande de décision préjudicielle présentée par Arbeidshof de Bruxelles (Belgique) le 6 février 2007 - Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/NV Firma Feryn, J.O. C 82 du 14.4.2007, p. 21-23.

Bovenkerk F. (1992), *A Manual for International Comparative Research on Discrimination on the Grounds of 'Race' and Ethnic Origin*, Genève, International Labour Organisation.

Bureau international du travail (1998), « La discrimination à l'accès à l'emploi en raison de l'origine étrangère : le cas de la Belgique », Smeesters B. et Nayer A. (éd.), *Cahiers de migrations internationales*, 23, Genève, 277 p.

Collet-Askri L. (2003), « *Testing or not testing ?* La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... » (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002), *Dalloz*, n° 20, p. 1309-1314.

De Schutter O. (2003), « Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination », in Cormack, J. (ed.) *Proving Discrimination. The Dynamic Implementation of EU Anti-discrimination Law : The Role of Specialised Bodies*, Bruxelles, Migration Policy Group.

De Schutter O. (2001), *Discrimination et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE - Peter Lang, Bruxelles.

ERA - Académie de droit européen, « Proving Discrimination », [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_1095\\_3057\\_file\\_en.4441.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_1095_3057_file_en.4441.pdf).

Duguet E. et Petit P. (2003), « La discrimination à l'embauche dans le secteur financier français : une étude économétrique sur données d'audits par couples », août, 24 p., disponible sur <http://www.univ-evry.fr/PagesHtml/laboratoires/Epee/EPEE/colloques/03duguet.pdf>.

ENAR (2006), « Perspectives en mutation : le renversement de la charge de la preuve dans les procès pour discrimination raciale », juin, [http://www.enar-eu.org/fr/publication/reports/Burden\\_of\\_Proof\\_FR.pdf](http://www.enar-eu.org/fr/publication/reports/Burden_of_Proof_FR.pdf).

Eymard-Duvernay F. et Marchal E. (1997), *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*, Paris, Métailié.

Hernu R. (2003), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, LGDJ.

Krieger L.H. (1995), « The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity », *Stanford Law Review*, vol. 47, n° 6, p. 1161-1248.

Perrouy P.-A. et Rorive I. (2005), « Réflexions sur les difficultés de preuve en matière de discriminations », *Revue du droit des étrangers*, n° 133, p. 161-175.

Rapport du 19 mars 2007 fait au nom de la Commission de la Justice par M. E. Libert relatif au projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, au projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant

à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, au projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et au projet de loi modifiant le code judiciaire à l'occasion de la loi du ... tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, de la loi du ... tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du ... modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *Ch. Repr.*, sess. ord., 2006-2007, DOC 51 2720/009.

Riach P.-A. et Rich J. (2002), « Field Experiments of Discrimination in the Marketplace », *Economic Journal*, 112 (483), p. 480-518.

Université libre de Bruxelles et Katholieke Universiteit Leuven (2005), *Discriminations des étrangers et des personnes d'origine étrangère sur le marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale*, rapport de synthèse de la recherche conduite dans le cadre du « Pacte social pour l'emploi des bruxellois », janvier, disponible sur <http://www.orbem.be>.

Van der Plancke V. (2005), « Organismes de lutte contre la discrimination : une exigence européenne », *Après-demain, Journal mensuel de documentation politique*, n° 470-471, janvier-mars, p. 38-43.

Velaers J. et Vrielinck J. (dir.) (2003), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu.

Westen P. (1982), « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, 1998, p. 563.

À consulter également : le site Internet du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), <http://www.diversite.be>, où sont disponibles non seulement les législations actualisées en matière de lutte contre les discriminations en Belgique, mais également un relevé de jurisprudence annuelle.